
Bidrag i BOA-prosjekter - Forhold til anskaffelsesreglene

Johanne Bertling Krogstad, jurist hos innkjøpstjenesten ved UiT Norges arktiske universitet.

- Utgangspunkt: Anskaffelse av varer og tjenester med en verdi lik eller høyere enn 100 000 kr skal konkurranseutsettes. Lov om offentlige anskaffelser § 2

Så lenge det er offentlige midler involvert bør ryggmargsrefleksjonen og det absolutte utgangspunktet være at alle leveranser i prosjektet, som har en verdi over 100 000 kr skal regnes som en offentlig anskaffelse; og dermed at anskaffelsesreglene må tas til vurdering. Dette gjelder både varer og tjenester, herunder også naturalytelsler. **De alminnelige anskaffelsesreglene er stort sett alltid aktuelle der vi handler med underleverandører, i BOA-forstand.**

Men det finnes så klart noen unntak, **typisk relevant der det er snakk om samarbeidspartnere, i BOA-forstand:**

- Egenregi

«Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som virksomheten finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver.» Det betyr at en offentlig oppdragsgiver kan bestemme om man vil dekke sin etterspørsel ved hjelp av eksterne leverandører, eller ved å ta i bruk egne ressurser. I det siste tilfellet sier man at det offentlige utfører leveransen i egenregi. Den rene formen for egenregi er ikke omfattet av anskaffelsesreglene.

Eksempler på den her typen egenregi er typisk leveranser innad i egen virksomhet. En enhet ved UiT kan levere tjenester eller låne utstyr fra en annen enhet ved UiT uten at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Det samme vil også gjelde på tvers i UH-sektoren. Kunnskapsdeling og utviklingsarbeidet i iBOTT er et eksempel på dette. Spørsmålet om egenregi blir først interessant når det dreier seg om leveranser på tvers av sektorer i staten. Staten regnes i mange tilfeller som én juridisk person, selv om den består av flere enheter. I flere tilfeller kan det derfor være aktuelt å vurdere om en leveranse kan skje i egenregi på tvers av sektorer (forsvarssektoren, helsesektoren etc...), men ofte vil det være mer aktuelt å vurdere sånne tilfeller opp mot de hjemlede unntakene fra anskaffelsesforskriften. Det mest relevante unntaket, når det er snakk om samarbeid på tvers av sektor, er gjerne unntaket om

- Horisontalt offentlig-offentlig samarbeid, forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3

Dette unntaket gjelder kun dersom samarbeidet inngås mellom to eller flere offentlige oppdragsgivere – det vil si at kommersielle interesser ikke må være involvert i kontrakten. Kontrakter som de offentlige samarbeidspartnerne inngår med tredjeparter er ikke dekket av unntaket.

Samarbeidet må gjelde *offentlige oppgaver*. Både lovpålagte oppgaver og oppgaver som oppdragsgiver selv påtar seg er omfattet, men samarbeidet må bli utført for å oppnå et *felles mål*. Begrepene *felles* og *samarbeid* er sentrale stikkord! Hvis UiT forsyner UNN med laboratoriefasiliteter utløses for eksempel ikke unntaket. Her vil det vanligvis være snakk om en ordinær leveranse fra en aktør til en annen. Og utstyret som kjøpes inn må uansett anskaffes etter ordinære regler.

Et eksempel som også har relevans med hensyn på neste unntaksregel er en sak fra EU-domstolen: Saken gjaldt et samarbeid hvor helsemyndighetene i en provins i Italia betalte et universitet for å *gjennomføre undersøkelser av sårbarhet for jordskjelv* for noen bestemte sykehus. Retten kom til at oppdraget som skulle utføres dreide seg primært om aktiviteter som vanligvis ble utført av ingeniører og arkitekter (som konsulenttjenester), og kunne ikke anses som vitenskapelig forskning. Samarbeidet gjaldt derfor ikke en offentlig oppgave for å oppnå et felles mål.

At *oppdragets art* står sentralt, finner vi igjen i et annet viktig unntak for vår sektor, nemlig unntaket for:

- **Forsknings- og utviklingstjenester**, forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5

Unntaket kan være aktuelt på flere måter. Et eksempel: UiT behøver bistand fra en ekstern part til «*utarbeidelse av algoritmer*». Spørsmålet er om arbeidet kan unntas anskaffelsesreglene, under FoU-unntaket?

Myndighetene har presisert at bestemmelsen er et unntak, og den må ikke tolkes utvidende. Det er sterkt anbefalt at man gjør en etterrettelig vurdering av om vilkårene er oppfylt før man konkluderer. Hvis vurderingen ikke holder vann, er risikoen at vi gjør en ulovlig direkteanskaffelse, og blir ilagt straffegebyr.

Det er to betingelser for unntaket som gjelder FOU-kontrakter. Det første vilkåret MÅ være oppfylt, og minst *ett* av de siste to:

Det første er en betingelse om at hovedelementet i det som skal kjøpes inn må være definert som *forskning* eller *utvikling*, dvs. at mer enn 50 prosent av leveransen innebærer enten *ny kunnskap* eller utviklingsarbeid i FoU-forstand. Forskriften definerer ikke hva som er forskning og utvikling, så her har FoU-miljøene en viss skjønnsfrihet og definisjonsmakt; men i DIFI sin veileder nevnes OECD og Frascatimanualen, så vurderingene bør nok knagges opp mot de her definisjonene. Til eksempelet om utarbeidelse av algoritmer, blir spørsmålet om dette kan defineres som FoU? Jf eksempelet fra Italia. Spørsmålet blir: I hvilken grad skal leverandøren bidra til å utvikle *ny kunnskap*? Hvis jobben går ut på å teste våre forskeres teorier slik at partene *til sammen* skaper ny kunnskap, kan det muligens tale for at det første vilkåret er oppfylt.

For det andre er det en betingelse *enten* at oppdragsgiver ikke betaler fullt ut for FoU-tjenesten, *eller* at utbyttet av FoU-tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiveren fullt ut i dennes virksomhet.

At oppdragsgiver ikke betaler fullt ut for tjenesten kan oppstå på flere måter, typisk gjennom at leverandøren dekker en andel av utviklingskostnadene og at oppdragsgiver finansierer resten (egeninnsats, eller at oppdragsgiver stiller utstyr eller lokaler til rådighet i forbindelse med oppdraget. Husk i så fall at naturalytelser må verdifastsettes).

Det andre alternativet, at FoU-tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiveren fullt ut i dennes virksomhet, er kanskje vel så praktisk? Kravet innebærer at *andre enn bare oppdragsgiver skal kunne benytte resultatene* som kommer fra FoU-aktivitetene. Det at resultatene skal publiseres vil gjerne sørge for at vilkåret kan anses oppfylt.

Til sist: det er viktig å huske på at unntaket kun gjelder tjenesteleveranser! Et oppdrag om å utvikle en prototype av et system kan muligens være unntatt, men om denne prototypen deretter settes i produksjon vil anskaffelsen av det ferdige produktet regnes som en ordinær anskaffelse.